

**En los interdictos no se puede aceptar, sustanciar, ni resolver antes del comparendo una tacha de nulidad al amparo de una excepción jurisdiccional.**

*Recurso de nulidad interpuesto por don Andrés Denegri en la causa que sigue con don Enrique de la Borda, sobre interdicto de retener.—Procede de Ica.*

### DICTAMEN FISCAL

Señor:

Andrés Denegri Casalino, demanda a don Enrique de la Borda, vecino de Nazca, por acción de interdicto de retener y para el pago de los daños y perjuicios, que afirma le ha ocasionado, porque el demandado, siendo conductor del fundo "Anglia" y gerente de la Negociación Agrícola "Majoro", ha mandado destruir los canales que conducen el agua de regadío al fundo "Curve", de que es arrendatario el demandante y que sirve para el regadío del fundo "Buenos Aires", propiedad del demandante; siendo colindante los dos inmuebles; y notificado el demandado, con el auto de fs. 6 vta., que cita a las partes a comparendo (fs. 10 vta.), su personero (fs. 13), presenta el recurso de fs. 15, en que tacha la jurisdicción del Juez, apoyándose en que el asunto está sometido al Administrador Técnico del Servicio de Aguas, y pidiendo que se anule todo lo actuado. De este recurso corre traslado el Juez,

y absuelto a fs. 16, se resuelve por auto de su vuelta, declarando fundada la solicitud de fs. 15 y nulo todo lo actuado; originando apelación, de Denegri, de fs. 18, resuelta en el auto confirmatorio de fs. 25, que motiva el recurso de nulidad de fs. 26, concedido por auto de su vuelta.

En concepto del Fiscal, los autos materia del recurso traído, adolecen de nulidad e insubsistencia, porque violan el procedimiento; y en el fondo mismo, desconocen el derecho del demandante para acudir al Poder Judicial, ya que los artículos 13, 14 y 15 de la ley 7335, se refieren, exclusivamente, a la distribución de las aguas de regadío a que hace referencia el art. 10. de la misma, pero nó a lo referente al ejercicio de un derecho reconocido por la ley, cuando se trata del respeto a ese mismo derecho por cuestiones posesorias, o actos de destrucción de lo que se posee.

El art. 938 del C. de P. C., establece, en forma clara y precisa, que el demandado entablará, de palabra la reconvencción, si cree que procede, e interpondrá, en la misma forma, las excepciones que le favorezcan, inclusive la de incompetencia, y demás dilatorias, y dentro de ese mismo acto, contestará el demandante, las excepciones; y el 945, dispone que el Juez al sentenciar, resuelva también las excepciones propuestas, pero absteniéndose de fallar lo principal, si declara fundada una excepción dilatoria, manteniéndose dentro de lo dispuesto en el art. 319 del mismo Código. La Exposición de Motivos al comentar estos artículos demuestra la necesidad de observar el procedimiento marcado, aún cuando al declararse fundada la excep-

ción de incompetencia traiga consigo la nulidad de lo actuado; y si tal es lo que establece la ley del procedimiento, han ido contra ella el Juez y la Corte Superior al aceptar, sustanciar y resolver, como cuestión previa, antes del comparendo, una tacha de nulidad, al amparo de una excepción jurisdiccional, que no se menciona en el auto, y que, en el fondo, también es improcedente, atentos los claros términos de la ley antes mencionada.

Por estas consideraciones, opina el Fiscal que la Corte Suprema debe declarar **INSUBSISTENTE Y NULO** el auto recurrido de fs. 25 y su confirmado de fs. 16 vta., así como todo lo actuado desde fs. 15 inclusive; reponer la causa al estado de que se dé cumplimiento al auto de fs. 6 vta., practicándose el comparendo ordenado.

Lima, julio 20 de 1942

Palacios.

---

### RESOLUCION SUPREMA

Lima, 18 de agosto de 1942.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon **NULO** el auto recurrido de fs. 25, su fecha 28 de mayo último, **INSUBSISTENTE** el apelado de fs. 16

vuelta, su fecha 20 de marzo anterior, así como todo lo actuado desde fs. 15, a cuyo estado repusieron la causa para que se proceda en la forma legal indicada en dicho dictamen; y los devolvieron.

**Santa Gadea. — Arenas. — Chávarri. — Benavides  
Canseco. — García Maldonado.**

Se publicó conforme a ley.

*A. Eguren Bresani*, Secretario.

Cuaderno No. 690 — Año 1942

---